



Pedro Alexandre Vaz dos Santos Marques

**A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência
Culposa: O Nexo Causal e a Articulação entre as Presunções
do CIRE e o Regime Societário.**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientador:

Doutor Pedro Caetano Nunes, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa

Março de 2018

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES NA
INSOLVÊNCIA CULPOSA: O NEXO CAUSAL E A ARTICULAÇÃO
ENTRE AS PRESUNÇÕES DO CIRE E O REGIME SOCIETÁRIO.**

Declaração de compromisso antiplágio

Declaro sob compromisso de honra que o trabalho que apresento é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Lisboa, 15 de Março de 2018

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

Ac.(s)	Acórdão(s)
Art.(s)	Artigo(s)
CC	Código Civil
CCom.	Código Comercial
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
Cfr.	Confronte (-se), confrontar
CP	Código Penal
CSC	Código das Sociedades Comerciais
Ed.	Edição
Ley Concursal	Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julho
p.	Página
pp.	Páginas
RelCoimbra	Tribunal da Relação de Coimbra
RelÉvora	Tribunal da Relação de Évora
RelGuimarães	Tribunal da Relação de Guimarães
RelLisboa	Tribunal da Relação de Lisboa

RelPorto

Tribunal da Relação do Porto

STJ

Supremo Tribunal de Justiça

Vd.

Vide

Vol.

Volume

Op. cit.

Obra citada

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo principal, a tentativa de articulação entre o CIRE e o CSC no âmbito da responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa.

Numa primeira nota, dentro do regime do CSC, será abordado o tema dos deveres dos administradores, este que se destaca não apenas pela sua importância na prática societária, mas igualmente como fio condutor da responsabilidade dos administradores das sociedades.

O dever de lealdade e as suas concretizações serão abordados no presente trabalho, em paralelo com a consagração da *business judgment rule*.

No que respeita ao regime insolvencial, após curta resenha sobre o mesmo, cuidaremos de estudar o incidente de qualificação da insolvência, e as presunções de insolvência culposa previstas no CIRE.

Numa segunda nota, trataremos da análise destas presunções, enquanto mecanismo de responsabilização dos administradores pela criação ou agravamento da situação de insolvência.

Tomaremos uma postura crítica quanto às referidas presunções de insolvência culposa, as quais no nosso entendimento não foram bem conseguidas pelo legislador, descorando, talvez por desconhecimento da realidade subjacente à vida das sociedades, a regulação do CSC quanto a esta matéria.

As reflexões sobre a responsabilidade pela insolvência, serão orientadas pela ponderação dessas realidades jurídicas anteriores.

Ao longo desta dissertação pretende-se fazer um levantamento das questões mais problemáticas e não lineares, culminando com uma possível solução prática que a nosso ver será o primeiro dos passos para a futura resolução da temática.

Não posso deixar de demonstrar o meu maior agradecimento ao Professor Doutor Pedro Caetano Nunes, pelo seu inestimável apoio e disponibilidade na orientação da realização do presente trabalho.

Por fim, consigno também um especial obrigado aos meus pais, que permitiram a chegada a esta etapa, aos amigos que me acompanharam ao longo deste percurso, aos igualmente amigos e conselheiros Drs. António Taveira e Carlos Vieira, e à Carolina por todo o suporte e companheirismo.

1- A INSOLVÊNCIA – BREVE RESENHA

O objeto da presente dissertação, tem como pano de fundo a responsabilidade pelo “abismo” económico-financeiro das sociedades, este que, em termos técnico-jurídicos, se designa por insolvência, uma situação com a qual qualquer sociedade que recorra ao crédito se poderá defrontar.

Isto porque, a partir do momento que se permite deferir para o futuro o cumprimento das obrigações de uma sociedade, também se cria a possibilidade desse cumprimento não vir a ser realizado.

O Direito da Insolvência abarca o “complexo de normas jurídicas que tutelam a situação do devedor insolvente e satisfação dos direitos dos seus credores”¹

Desta feita, e porque do início se começa, cumpre-nos proceder a um breve esclarecimento do próprio conceito de insolvência.

Tal como plasmado no art. 3º do CIRE “é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”.²

Nas palavras de Menezes Leitão, “A insolvência traduz a situação daquele que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações, normalmente por ausência da necessária liquidez em momento determinado, ou em certos casos porque o total das suas responsabilidades excede os bens de que pode dispor para as satisfazer”³

Assim, para que o tribunal possa decretar a insolvência do devedor, é necessário que fique demonstrado que o mesmo se encontre impossibilitado de cumprir as

¹ Cordeiro, António Menezes, Introdução ao Direito da Insolvência, in “O Direito”, 137, III, 2005, pág. 467.

² A definição de insolvência enquanto *impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas* foi retirada do 17 da Insolvenzordnung. Contudo, a disposição alemã limita-se a estabelecer, não uma definição de insolvência, mas um conceito vago e indeterminado de incapacidade de cumprimento (*Zahlungsunfähigkeit*), que é genericamente preenchido pela referência à cessação de pagamentos pelo devedor (“*wenn der Schuldner seine Zahlung eingestellt hat*”), a qual é totalmente omitida no art. 3º do CIRE.

³ Leitão, Luís Menezes, “Direito da Insolvência”, 2012, 4ª edição, pág. 15.

suas obrigações já vencidas, sendo que esta impossibilidade de cumprimento, compreende a generalidade dos credores sociais.

A situação da insolvência, encontra-se ainda adstrita a um critério temporal, podendo ser caracterizada como insolvência atual ou meramente eminente. Quanto a esta última, cumpre o dever de apresentação previsto no art. 18.º que, em caso de incumprimento, acarreta graves consequências na qualificação da insolvência.

O processo de insolvência é considerado como um processo de execução universal dado que, inicialmente todos os bens do devedor poderão ser apreendidos para posterior liquidação, ou, os que assim não o forem, pode o devedor apresenta-los à liquidação.

É também um processo concursal (ao contrário do processo executivo singular), em que são chamados a intervir todos os credores, embora esteja salvaguardada a natureza de cada crédito perante a insuficiência de património do devedor. O princípio da *par conditio creditorum*, assegura que as perdas sejam repartidas por todos de um modo proporcional.

Dispõe o art.º 1, n.º 1 do CIRE que operará “ a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”, este que se configura com a natureza mista do processo, em que num ponto de partida surge como um processo declarativo destinado à apreciação e declaração da situação de insolvência, para posteriormente se apresentar com uma faceta executiva, pretendendo-se a apreensão e liquidação do ativo do devedor, e consequente pagamento dos credores.

O processo de insolvência, assume também uma natureza urgente, incluindo todos os seus incidentes, apensos e recursos, justificando a precedência perante o serviço público do tribunal, conforme estatuído pelo art. 9º, n.º1 do CIRE.

Á autonomicidade do processo alia-se uma disciplina substantiva e processual própria, regulado em diploma autónomo.

Se com a lei n.º 16/2012 de 20 de Abril, o art. 1º, n.º1 do CIRE se viu alterado, passando a ter uma nova redação, não nos podemos olvidar que na sua versão original se pretendia apenas uma principal finalidade de satisfação (pela forma mais eficiente possível dos direitos dos credores).

Encontrando-se ultrapassada a primeira versão, em que se primava pela satisfação dos credores, utilizando as máximas do “reprimir e pagar”, hoje em dia acrescentou-se uma principal finalidade de recuperação.

A insolvência é deste modo tratada como um processo multidisciplinar situando-se na fronteira entre o direito civil, comercial, penal, o direito processual civil e penal, regulamentada pelo CIRE e outros diplomas avulsos.

2- INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

Este instituto, constitui uma fase do processo insolvencial cujo objetivo se une com o apuramento das razões que deram origem à situação de insolvência, e se, consequentemente, tais razões se prenderam com uma atuação não diligente ou com um intuito doloso do devedor, correndo este instituto por apenso ao próprio processo da insolvência.

O regime da qualificação da insolvência tem como fonte de inspiração o legislador espanhol na *ley concursal*⁴, contudo, o início de vigência da *ley concursal* e do CIRE foi quase simultâneo, atendendo à *vacatio legis* superior da formulação Castelhana. Sendo unânime que o preâmbulo do CIRE constitui na íntegra a solução Castelhana, importa realçar que o legislador vizinho, teve como inspiração, entre outras, a solução vertida no art. 126º- A do CPEREF.⁵

Nos termos deste art. 126º do CPEREF, os administradores de facto, já poderiam ser declarados inibidos para o exercício do comércio ou para o desempenho de certos cargos, embora não expressamente.⁶

A versão inicial do art. 189º do CIRE, apenas previa a pronúncia do juiz quanto ao carácter culposos da insolvência, decretando a inabilitação das pessoas afetadas e a inibição para o exercício do comércio e titularidade de cargos em sociedades. Os efeitos materiais eram reduzidos, consistindo na perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e condenação a restituir o que tivesse sido recebido por esses sujeitos.

A redação atual do art. 185.º resulta do Decreto-Lei n.º 200/2004 de 18 de Agosto.

⁴ Aprovada pela Lei 22/2003, de 9 de Julho e publicada no dia seguinte no diário oficial (BOE) entrando em vigor a 1 de Setembro de 2004.

⁵ Como referido por Mendivil, Hernando.

⁶ Fernandes, Luís Carvalho/Labareda, João, in “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, Quid Iuris, 3a edição, 2015, pág. 395.

Ora, após um breve enquadramento cronológico deste mecanismo, cumpre-nos explicar as suas generalidades e finalidades.

O incidente de qualificação da insolvência, tal como é formulado nos dias de hoje, encontra-se previsto nos arts. 185º e ss., do CIRE. Este, destina-se a averiguar as razões que levaram à situação de insolvência da pessoa singular ou coletiva, (no presente estudo apenas nos debruçaremos sobre a pessoa coletiva, sociedade), e se, os motivos pelo qual a mesma foi colocada em tal situação económico-financeira se deveram a causas furtivas, ou se, a contrario, houve culpa ou dolo do devedor (no presente estudo, na figura dos legais representantes da empresa, os gerentes e administradores).

Os pressupostos que levam à responsabilização dos administradores para com os credores no âmbito da insolvência, encontram-se previstos no art. 189º do CIRE. A aplicação desta norma é determinada em primeiro lugar pela declaração de insolvência da sociedade, em segundo pela qualificação da insolvência como culposa no âmbito deste incidente, e por fim, pela correspondência entre os administradores em causa, com a qualificação das “pessoas afetadas” previstas no art. 189º, n.º2 al. a).

Na sentença declarativa da insolvência, o juiz poderá então promover a abertura do incidente da qualificação da insolvência, desde que munido dos elementos justificativos para tal, conforme previsto no art. 36º, n.º1, al.i) do CIRE.

Quanto a estes elementos, não obstante do vazio da lei, Maria Epifânio entende que no momento da prolação da sentença, o juiz deve fazê-lo, na presença de fortes indícios de que a insolvência é culposa, por exemplo, se for patente a violação do dever de apresentação, conforme previsto no art. 186º, n.º3, al. a).⁷

Este incidente pode ainda ser aberto ulteriormente, através de solicitação do Administrador da Insolvência ou qualquer outro interessado na qualificação,

⁷ Epifânio, Maria do Rosário, “Manual de Direito da Insolvência”, 2015, pág. 148.

sendo que para esse efeito são interessados, não só os credores mas os restantes legitimados para intentar a ação da insolvência, art. 20º, n.º1 do CIRE.⁸

Aberto o incidente, o Administrador da Insolvência (nas hipóteses em que o Administrador não requereu a abertura do incidente) apresenta no prazo de 20 dias parecer devidamente fundamentado sobre os fatos, e uma proposta que identifique as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa. Os interessados também podem apresentar parecer nos 15 dias seguintes à data da assembleia de apreciação do relatório. O parecer e as alegações que suportaram o pedido de abertura do incidente, vão com vista ao M.P., para que se pronuncie no prazo de 10 dias, nos termos do art. 188º, n.º4 do CIRE.

2.1. A qualificação como culposa

Na sentença, será então qualificada a insolvência do devedor como culposa ou fortuita, sendo que, conforme previsto no art. 186º, n.º1, a insolvência é considerada culposa “se tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência” Caso não se verifique essa situação, a insolvência será considerada fortuita.⁹

O legislador não se limitou a estabelecer os pressupostos gerais da qualificação da insolvência como culposa. Nos seus n.ºs 2 e 3 prevê, taxativamente, aqueles comportamentos objetivados em ações ou omissões dos gerentes e administradores (de direito ou de facto) do devedor, que, quando se verificarem, importam consequências relativamente à qualificação da insolvência.

Assim, conforme referido, em primeiro lugar, no incidente de qualificação verifica-se, se da atuação do devedor, ou dos seus legais representantes,

⁸ Sobre esta matéria, Carvalho, Fernandes, “A qualificação da insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor”, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, 2005, p. 88.

⁹ Sobre esta matéria, Leitão, Luís Menezes, “Direito da Insolvência”, 4ª edição, 2012, pág. 273 e ss.

administradores ou gerentes (de direito ou de facto) resultou a criação ou agravamento do estado de insolvência, e se a mesma ocorreu, nos três anos anteriores ao início do processo, e num segundo momento, exige-se que essa atuação seja dolosa ou revestida de culpa grave, à luz dos termos gerais do Direito Civil.¹⁰

Esta qualificação como culposa, produz uma sequência de efeitos de natureza civil, na esfera jurídica das pessoas afetadas, arts. 185º e 189º n.º2 do CIRE.

O art. 189º n.º 2 do CIRE prevê: a inibição para a administração de património de terceiros por um período de 2 a 10 anos, b); a inibição para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa, c);

Se se tratar de um incidente pleno de qualificação, o juiz deve ainda determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos, d); e a condenação das pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados, e).

O incidente limitado apenas se aplica aos casos previstos no art. 191.º, isto é, aos casos de insuficiência da massa insolvente, regulados no n.º 1 do art. 39.º e no n.º 5 do art. 232.º, a sua tramitação é regulada por referência à tramitação do incidente pleno, sendo que a qualificação da insolvência como culposa no âmbito do incidente limitado desencadeia os mesmos efeitos que são produzidos no incidente pleno, à exceção daquele já identificado, o da al. d) do n.º2 do art. 189º.

¹⁰ Carvalho Fernandes, Labareda, João, “ *Código...* ”, cit., p. 610, anotação 4.

3- A RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS NO CSC

Para se aferir sobre a responsabilidade dos gerentes e administradores das sociedades, pela situação da insolvência das mesmas, cumpre-nos primeiramente, introduzir e abordar a temática da responsabilidade destes sujeitos, no âmbito do direito societário.

Coloca-se então, a este propósito, a questão de saber quando é que a responsabilidade dos gestores ou administradores das sociedades perante os respetivos credores sociais, se pode verificar.

O legislador Português tem tentado gradualmente, aplicar um conjunto de regras e critérios, com o objetivo de assegurar tanto a transparência da atuação destes agentes, quer a sua responsabilização, no presente estudo, importando a que advém do domínio civil.

A transparência e responsabilização anteriormente referidas, dizem portanto respeito, às emergentes de determinadas ações ou omissões dos administradores que, enquanto tal, têm a seu cargo a administração e condução da vida societária.

No que contende com a responsabilidade pela situação de insolvência, o DL n.º 53/2004 de 18 de Março, como abordado no tópico anterior, instituiu um regime autónomo de responsabilidade em decorrência da situação de insolvência, quando qualificada como culposa, prevendo as consequências associadas a tal.

O problema da responsabilidade dos Administradores, pela insolvência da sociedade, quando esta é declarada culposa, deve ser abordado em paralelo com os termos substantivos do regime das responsabilidades destes, regulados no CSC, artigos 71º e seguintes.

A responsabilidade dos administradores, sempre se considerará fracionada numa responsabilidade perante a Sociedade (art. 72º CSC), Credores Sociais (art.78º

CSC) e perante os sócios (art. 79º CSC), sendo o critério ordenador desta regulação o do tipo de lesados.

No presente estudo, apenas nos debruçaremos com maior relevo, naturalmente, sobre a responsabilidade dos administradores perante os credores, agora no âmbito do CSC, e mais a frente dentro do quadro da insolvência.

Nos termos do art. 72.º do CSC, *“os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa.”*

A responsabilidade prevista neste normativo, é uma responsabilidade contratual¹¹, e subjetiva, dependente de culpa, esta que se presume (arts. 798º e 799º do C.C), cabendo aos Administradores ilidir tal presunção, demonstrando o cumprimento de certos deveres a que estão adstritos e que se enunciarão sucintamente no tópico seguinte do presente estudo.

Tal responsabilidade pressupõe assim a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: facto, ilícito, culpa, dano (danos emergentes e lucros cessantes) e nexo de causalidade.

Importa ainda recordar que esta responsabilidade é uma responsabilidade solidária pelo ressarcimento dos danos causados, implicando que certo administrador possa ser chamado a responder solidariamente com os restantes, art 73º n.º1 e 2 do CSC.

É então o art. 78.º n.º 1 do CSC, como supra referido, prevê a responsabilidade dos administradores para com os credores sociais *“(…) quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à*

¹¹ Facilmente se compreende a razão de tal qualificação como contratual, na medida em que, na base da situação jurídica dos administradores das sociedades privada, está um contrato, na qual determinada pessoa assume por via deste as funções de Administração. Cordeiro, António Menezes, “Da responsabilidade civil...”, cit., pág. 337 a 341.

protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos”.

Perceba-se que entre os credores sociais e os administradores não existe uma relação direta, já que existe uma entidade jurídica autónoma que medeia as relações por estes estabelecidas, fundamentando assim a natureza da responsabilidade como sendo obrigacional.¹²

Nesta senda, verificamos que a responsabilidade perante os credores não se afasta do regime do art. 483º do CC, principio geral da responsabilidade civil “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”, o mesmo significa dizer que, ao lesado cabe alegar e provar todos e cada um dos fatos constitutivos da responsabilidade civil.

A responsabilidade perante os credores só é possível nesta segunda vertente, isto é, quando se verifique a “...inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos credores...” . Não obstante, é ainda necessário que da violação das normas de protecção resulte uma insuficiência patrimonial que não permita à sociedade cumprir as suas obrigações.

São assim os pressupostos: 1- Ato ou omissão de disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos credores; 2- Caracter culposos do ato ou omissão; 3- Insuficiência do património da sociedade para satisfação dos credores; 4- Nexo de causalidade entre o ato ou omissão e a insuficiência patrimonial da sociedade; 5 – dano sofrido pelos credores.

Esta violação das normas de protecção referida anteriormente possui então estreita relação com o art. 78º do CSC. Da letra deste normativo, facilmente se percebe que não está aqui em causa a violação de qualquer dever, ou mesmos

¹² Ob. cit., pág. 495.

dos considerados deveres gerais dos Administradores, mas apenas a violação culposa das disposições legais de proteção dos credores¹³.

Desta forma, estarão em causa, em primeira instância, todas as disposições que se propõem prover à realização e conservação do património social, bem como de outras normas que, indubitavelmente, visam a proteção de interesses de terceiros, exemplos: arts. 31.º a 34.º, 514.º; 236.º, 346.º n.º 1, 513.º; 220.º n.º 2 e 317.º n.º 4): proibição, em princípio, de distribuição de bens sociais aos sócios sem prévia deliberação destes, proibição de distribuição de bens sociais quando o património líquido da sociedade seja ou se tornasse (em consequência da distribuição) inferior à soma do capital e das reservas legais e estatutárias, interdição da distribuição de lucros do exercício em certas circunstâncias e de reservas ocultas, entre outras.

Concluindo, nos termos do n.º1 do art. 78º do CSC “os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, e o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”.

O número um do artigo anterior assume assim uma particularidade, uma vez que se destina a tutelar em particular o interesse dos credores sociais quando, e apenas quando por força da violação das normas destinadas especificamente à proteção destes, e se o património da sociedade se tornou insuficiente para satisfação dos créditos.

Perceba-se a amplitude desta obrigação de indemnização, que, mesmo nas situações em que tal prejuízo possa ter origem num ato ou omissão deliberado em assembleia geral, numa transação da sociedade, ou mesmo que, em caso de

¹³ Ob. Cit. pág. 494 e 495 “A lei exige, para este tipo de responsabilidade, a violação de normas de protecção aos credores, protecção essa que seja causa da insuficiência patrimonial. Além disso, Haverá que verificar os demais requisitos da imputação aquiliana, com relevo para a ilicitude, a culpa e o nexo causal: Nenhum desses factores se presume: haverá por parte dos interessados – que deduzir, com êxito, a competente prova”.

renúncia do cargo de administração, não deixam aqueles sujeitos (gerentes e administradores) de estar obrigados ao ressarcimento dos credores lesados, desde que se prove a inobservância culposa da parte destes.

Para além das regras aqui expostas, existem outras comuns à responsabilidade para com a sociedade e à responsabilidade dos credores fora do quadro da insolvência referentes ao regime de obrigação de indemnização, entre elas as regras referentes à responsabilidade solidária (art. 73º, n.º1, CSC); o direito de regresso na medida das culpas (art. 73, n.º2 CSC); e presunção da igualdade de culpas (art. 73º, n.º2 CSC).

Torna-se patente, que para existir inobservância culposa dos deveres legais dos administradores e gerentes de uma sociedade comercial, existiam, inexoravelmente, deveres estreitamente relacionados com as suas funções, aos quais estes estão adstritos, e cujo incumprimento origina a sua responsabilização.

Com efeito, se a conduta do administrador se encontrar revestida de culpa, e tiver conduzido a um estado de insuficiência do património social, haverá responsabilidade para com a sociedade se ela for integrada por atos que violem os deveres legais ou estatutários.

Isto porque, estes sujeitos, atento aos poderes e responsabilidade dos cargos que exercem, ao agirem com preterição de um conjunto de deveres legais ou estatutários, a que se encontram vinculados, podem causar sérios danos à sociedade, aos credores e aos sócios e terceiros.

Por fim, esta responsabilidade dos administradores implica ainda uma responsabilidade perante os Sócios e terceiros. Conforme estatuído pelo Artigo 79.º, n.º 1 do CSC ” *Os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções*”.

A natureza deste tipo de responsabilidade é delitual ou aquiliana, expressamente prevista nos artigos 483º e 487º do C.C, uma responsabilidade pelos danos

diretamente causados aos sócios no exercício das suas funções. Do facto ilícito do gerente, praticado no exercício das suas funções, deverá resultar um dano que afete direta e imediatamente os créditos dos sócios ou dos credores, o património destes, a validade e a subsistência dos créditos dos credores perante a sociedade¹⁴

3.1. Os deveres dos administradores e a cláusula geral do art. 64º do CIRE

No tópico anterior abordamos a responsabilização dos administradores, no âmbito do CSC, pela sua conduta na gestão das empresas.

Esta responsabilização deriva da violação dos deveres impostos pela lei ou pelos estatutos aos administradores, tornando-se necessário, a este propósito, compreender quais os deveres em questão, e qual o comportamento esperado/desejado de um sujeito titular de um cargo de administração societária.

Quanto a estes deveres, torna-se patente que não poderemos conceber um elenco restritivo e fechado. Atendendo à multiplicidade e abstratividade da prática comercial, e porquanto, das inúmeras atuações exigíveis aos administradores societários, sempre deveremos apelar à existência de um elenco aberto de deveres a que estes últimos se encontram vinculados.

O ordenamento jurídico português, no art. 64.º do CSC, é o nosso ponto de partida, dado o mesmo consagra e retoma a bitola dos deveres fundamentais, recorrendo à expressão “ diligência de um gestor criterioso e ordenado” A reforma de 1969 e a subsequente de 2006, (inspiradas na doutrina Alemã¹⁵), por Raul Ventura e Brito Correia, incluíram na atual redação do artigo 64º do CSC,

¹⁴ Neste sentido, vd. AcRelLisboa 28 Jun 2012 (Carla Mendes) e AcSTJ 23 Mai 2002. Neste pode ler-se que o art. 79.º do CSC tem em vista os danos causados diretamente pelos gerentes aos sócios ou a terceiros de forma delituosa em violação de uma obrigação e não aqueles outros danos que resultem de uma gestão que os prejudique.

¹⁵ §93/1 da Lei Alemã, “Os administradores das sociedades estão obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

um teto mínimo de deveres dos administradores, este, contudo, amplo e complexo, concretizando-se com recurso à bitola da diligência.

Raul Ventura e Brito Correia defendiam inicialmente, apenas a existência de um dever de gestão, sendo que, posteriormente, Brito Correia, acaba por concluir com base no art. 64º do CSC pela existência de um dever de diligência, esta que deveria ser aplicada no sentido do interesse social ¹⁶. Na sua expressão “ (...)empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado”

Antunes Varela pronuncia-se no sentido de o art. 64 do CSC respeitar somente à culpa.

Por outro lado, Menezes Cordeiro¹⁷ identifica no artigo em causa elementos de ilicitude. Diz, contudo, serem estes elementos insuficientes para, por si mesmos, fundarem o juízo de ilicitude, entendendo que necessitam de ser complementados pela referência a deveres específicos, contratuais ou legais.

3.1.1. Deveres legais gerais e específicos

No âmbito dos deveres a que os administradores das sociedades se encontram adstritos, facilmente se percebe no nosso CSC, a dupla vectorização entre os deveres de conteúdo específico (arts. 31º, 65º e 6º, 85º, 379º, 396º CSC exemplos), e os deveres fundamentais ou gerais dos Administradores.

Quanto ao dever geral de diligência, podemos desdobrá-lo em vários deveres específicos, recorrendo para o efeito ao tratamento que foi dado pela jurisprudência Norte-Americana¹⁸

¹⁶Correia, Luís Brito, “Os Administradores das Sociedades Anónimas”, Coimbra, 1993, pág. 596 a 620.

¹⁷ Ob. cit., pág. 40, nota 21 e também pág. 496 e 497.

¹⁸ Principles of Corporate Governance by the American Law Institute. Sobre o tema, Pedro Caetano Nunes, “Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas”, Almedina, 2001.

Poderemos decompor o dever geral de diligência em dois deveres gerais bastante mais concretos, são eles o dever geral em sentido estrito e o dever de geral de lealdade.

O dever de diligência em sentido estrito, diretamente relacionado com o objetivo da atividade social (lucro), e o segundo de cariz negativo, que impõe aos administradores que não atuem por seu próprio interesse, prejudicando assim a sociedade.

Segundo a jurisprudência americana, este dever de diligência configura vários “*duties of care*”, por exemplo, o “*duty of monitor*” dever de vigilância (ex: da atuação dos trabalhadores), o “*duty of inquiry*”, recolha de informações, entre outros.

Em sùmula, dentro dos deveres legais (que resultam da própria lei), distinguem-se deveres legais gerais, como o dever de cuidado e o dever de lealdade, e os deveres legais específicos.

A doutrina nacional diverge na enunciação dos deveres que se subtraem do leque de deveres fundamentais previstos no artigo 64º do CSC.

3.1.2. Dever de lealdade

António Menezes Cordeiro defende que essencialmente, os deveres dos Administradores das sociedades, são apenas os de gestão e os de representação, reportando-se o artigo 64º ao “*modo de concretização desses dois deveres e, ainda, de todas as obrigações que lhes advém da lei ou dos estatutos*”¹⁹.

Para o autor, o art. 64º funciona então como uma cláusula geral, de aplicação aos deveres e obrigações inerentes aos Administradores, atuando assim a diligência, como ponto de referência para a exigência mínima que se requer aos Administradores no cumprimento das suas obrigações, esta determinável, não por

¹⁹ Cordeiro, António Menezes, in CSC Anotado, 2ª edição, 2011.

via do critério do “*bonus pater familias*”, mas sim pela acrescida exigência que se espera de um gestor “criterioso e ordenado”.

No entendimento do autor, os Administradores, para cumprirem com esta exigência acrescida, têm de atuar com Lealdade perante toda a esfera societária, já que se encontram ligados por vínculos específicos à sociedade, “vínculos que implicam deveres acessórios, entre os quais, por mera lógica obrigacional, podemos inserir a boa-fé.”²⁰

Por referência à lealdade, surgem atuações proibidas aos administradores.²¹ A lealdade ganhará assim conteúdo material por aproximação á boa-fé, impondo aos Administradores a observância, pela positiva, de deveres de conduta, estes aferidos com recurso a operações lógicas das atuações que lhes estão proibidas/vedadas.

Entre estas proibições: “a proibição de concorrência; a proibição de divulgar segredos societários; a proibição (ou severa restrição) de aceitar crédito da própria sociedade; a proibição e aproveitamento das oportunidades de negócio (corporate opportunities ou Geschäftschancen)²²; a proibição de tomar decisões ou de colaborar nelas, quando se verificarem situações de conflito de interesses; a proibição ou a forte restrição no tocante a negócios a celebrar com a própria sociedade; a proibição de discriminação de acionistas, mantendo se, pela positiva, um dever de neutralidade; a proibição de empatar OPAs consideradas hostis”.

²⁰ Cordeiro, António Menezes, “A lealdade no direito das sociedades”, 2006.

²¹ Op.cit. anteriormente.

²² Esta parte da proibição de concorrência vai mais longe; o aproveitamento não pode considerar se legitimado com a mera autorização para a concorrência; trata se de matéria conhecida pela jurisprudência e ponderada à luz do Direito comparado.

3.1.3. Dever de cuidado

Ainda dentro dos deveres de diligência previstos no art. 64º do CSC, a doutrina Portuguesa, entende que nele se encontram inseridos, pelo menos, também um dever de cuidado, que reafirmará os deveres anteriormente abordados.

Coutinho de Abreu, entende que os administradores, para que se mantenham orientados na prossecução do interesse da sociedade, e assim cumprirem as suas funções com o máximo de diligência e cuidado equiparável ao de um gestor minimamente diligente e cauteloso, nas mesmas circunstâncias e condicionantes, encontram-se obrigados a um dever de cuidado.

Para o autor, este dever de cuidado desdobra-se também num dever de controlo ou vigilância do próprio funcionamento da organização, e, ainda; no dever de atuação procedimentalmente correta para a tomada de decisões, devendo tomá-las com a devida razoabilidade.

3.1.4. A relação fiduciária

No nosso entender, e, no mesmo sentido que Pedro Caetano Nunes, atuando os administradores como gestores de património e interesse alheios, deverá ser-lhes imposto um dever de lealdade, conformando assim a relação dos administradores para com as Sociedades, uma relação fiduciária.

Esta relação, é composta por vínculo funcional de natureza obrigacional que instrumentaliza a situação jurídica de que fica investido o fiduciário à prossecução de um interesse alheio, isto é, obrigando os administradores a não excederem os direitos que lhes foram conferidos enquanto tal, prosseguindo com lealdade á sociedade, os interesses da mesma.

A partir deste conceito de relação fiduciária, poderão então ser enunciados os deveres inerentes a um Administrador em pleno cumprimento das suas funções.²³

O dever de lealdade, deverá então ser considerado como um dos valores básicos do sistema societário, respeitado e exercido pelos diversos intervenientes, e nas diversas relações estabelecidas²⁴

Com efeito, por inerência a tal dever, é vedado aos administradores, como já referido anteriormente, por exemplo, a concorrência em relação à própria sociedade, o aproveitamento de oportunidades de negócio, a utilização de informação privilegiada, entre outros.

Os deveres fundamentais do art. 64º deverão operar caso a caso, sendo adequados às funções exercidas por cada administrador, e seguindo a dogmática civil dos deveres acessórios²⁵

Pedro Caetano Nunes, adota nesta matéria, a expressão de “dever de gestão”, gestão e não diligência, por considerar que este último deve apenas ser utilizado para a concretização da ilicitude, e, por forma a apelar à ciência da gestão de empresas, fundamental, mais uma vez, para a concretização da ilicitude.

*“Não se trata de uma obrigação de meios ou de diligência, mas sim uma obrigação de resultado. O resultado é a própria gestão e não um certo sucesso empresarial”*²⁶*O conteúdo do dever de gestão é essencialmente concretizado, atendendo ao fim da obrigação – a prossecução do interesse social – e através da *leges artis* da gestão de empresas. O conteúdo do dever é concretizado por recurso à bitola do interesse social, consagrada pelo art. 4º do CSC.”*²⁷

Para o autor, as regras de uma boa gestão, são definidas pela ciência da gestão de empresas, sendo aqui que se encontra o conteúdo concreto deste dever de gestão.

²⁴ Menezes Cordeiro, Luís - CSC Anotado, pág. 253.

²⁵ Menezes Cordeiro, Luís - CSC Anotado pág. 254.

²⁶ Pedro Caetano Nunes, seguindo um raciocínio semelhante a Carlos Ferreira de Almeida em “Os contratos civis de prestação de serviço médico”.

²⁷ Caetano, Pedro Nunes, “Corporate Governance”, pág. 33.

Este dever de gestão, deve ser então formulado como um dever que o Administrador tem, em procurar informar-se adequadamente, seguindo e estudando a ciência da gestão de empresas, ao invés da tomada de decisões infundadas e desinformadas.

Parece-nos que, nesta linha de entendimento, é assim atribuída ao Administrador uma margem de discricionariedade que lhe permitirá adotar decisões empresariais, que, mesmo que inadequadas, não serão sindicáveis.

Reduzindo a análise do mérito das decisões, à sua irracionalidade, consubstanciada na falta de observância e estudo da respetiva ciência empresarial, permite uma limitação superior da sindicabilidade do mérito das decisões, acolhendo assim no nosso direito os critérios da *business judgment rule*, tema infra abordado no presente trabalho.

3.1.5. A discricionariedade das decisões dos administradores – *Business Judgment Rule*

A consagração dos deveres que impendem sobre os administradores assume particular importância, quando em confrontação com as decisões por estes tomadas. Isto porque o núcleo de previsão dos deveres de administração dos titulares de órgãos sociais é fundamental na articulação com a previsão e aplicação da *Business Judgment Rule*, princípio que se refletiu no nosso CSC num conjunto de regras sobre a isenção de responsabilidade dos administradores.

Nas palavras de Manuel Carneiro da Frada²⁸ ”como facilmente se compreende, o teor, sentido e alcance desta regra, só se apura perante o pano de fundo que constituem os deveres dos administradores. Importa, por isso, situar convenientemente o tema em referência: considerando e avaliando, para tanto, o

²⁸ Frada, Manuel Carneiro, “A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores, pág. 1”.

impulso reformador que também atingiu a regulação geral dos deveres dos administradores constantes do art. 64 do CSC”.

Perceba-se que em paralelo com os deveres de cuidado, lealdade e diligência, existem as tomadas de decisões arriscadas dos administradores, necessárias á potencialização e crescimento empresarial.

A discricionariedade das atuações dos administradores, será aqui conjugada com a regra comumente conhecida por “*business judgment rule*” no quadro, mais amplo, dos deveres do administrador.

A *business judgment rule* deve ser tida em compreensão pelo “*duty of care*”, sendo que necessário para distinguir o conteúdo societário deste dever, tomar em conta a sua origem, a relação fiduciária anteriormente referida.

Este princípio está umbilicalmente ligado ao dever fiduciário de cuidado que impende sobre todos administradores de sociedades, (com origem, como veremos, nas sociedades norte-americanas) e, mais concretamente, ao cuidado por estes exercido nas chamadas decisões empresariais, ou decisões de pura gestão.

A *business judgment rule*, é um mecanismo de origem norte-americana, amplamente considerado por aqueles tribunais, com raízes no caso *Percy vs. Millaudon* de 1829, da Suprema Corte do Louisiana²⁹

²⁹“It is no doubt true that if the business to be transacted presupposes the exercise of a particular kind of knowledge, a person who would accept the office of mandatory, totally ignorant of the subject, could not excuse himself on the ground that he discharged his trust with , delity and care.... But when the person who was appointed attorney-in-fact, has the qualifications necessary for the discharge of the ordinary duties of the trust imposed, we are of opinion that on the occurrence of did cul-ties, in the exercise of it, which other only a choice of measures, the adoption of a course from which loss ensues cannot make the agent responsible, if the error was one into which a prudent man might have fallen. The contrary doctrine seems to us to suppose the possession, and require the exercise of perfect wisdom in fallible beings. No man would undertake to render a service to another on such severe conditions. The reason given for the rule, namely, that if the mandatory had not accepted the office, a person capable of discharging the duty correctly would have been found, is quite unsatisfactory. The person who would have accepted, no matter who he might be, must have shared in common with him who did the imperfections of our nature, and consequently must be presumed just as liable to have mistaken the correct course. The test of responsibility, therefore, should be, not the certainty of wisdom in others, but the possession of ordinary knowledge; and by showing that the error of the agent is of so gross a kind that a man of common sense, and ordinary attention, would not have fallen

Nos termos da formulação dominante nos EUA³⁰, a *business judgment rule*, é consagrada como “*presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on a informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company*”.

Veremos que no nosso ordenamento, apesar de muito menos abrangente, encontramos várias raízes e incidências deste princípio.

De forma sucinta, e em jeito de introdução ao tema, a *business judgment rule* ganhou reflexão no nosso ordenamento, segundo o art. 72º, n.º2, nos termos do qual a responsabilidade do administrador é excluída se provar “*que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.*”

Interpretando a norma, basta que o gerente-administrador seja leal ao escopo empresarial, aja de boa-fé e com a devida diligência e cuidado (obrigação de meios, estamos, pois, no plano das intenções)³¹

Este princípio garante a “*Good Governance*”, das sociedades, incidindo sobre os campos de liberdade, discricionariedade, pretendendo bloquear a inferência judicial, e a inferência na estrutura societária, fornecendo assim uma dupla blindagem.

O artigo 72º, n.º 2 cumpre assim , pelo menos, uma das funções primordiais da *Business Judgment Rule* o afastamento do escrutínio judicial, e consequente aferição do mérito, daquelas decisões de pura gestão societária (desde que verificados os elementos constantes na norma.³²

into it. The rule which ,responsibility, because men of unerring sagacity are supposed to exist, and would have been found by the principal, appears to us essentially erroneous. “

³⁰ Supremo Tribunal do Delaware no caso Aronson v. Lewis.

³¹ Revista de Direito Societário, 2017, pág 679.

³² Caetano, Pedro Nunes, “Corporate Governance”, pág. 38.

Para um correto descortinar desta des(responsabilização) das atuações dos administradores, importa ter como bitola, o teor dos deveres a que estes estão adstritos, abordados previamente.

Porquanto, será necessária a confrontação entre o “critério do gestor criterioso e ordenado”, previsto no artigo 64º do CSC, como um critério de aferição da culpa³³, e a exclusão da responsabilidade dos administradores, esta que, passará pelo filtro do respeito ou desconsideração, pelos deveres elencados no tópico anterior, o dever de diligência, lealdade, e cuidado.

O texto legal do artigo 72º n.º 2 do CSC, acolhe a formulação do princípio designado de *business judgment rule*. Esta refere-se aquelas circunstâncias que exoneram a responsabilidades dos administradores das sociedades, ainda que os resultados obtidos com certas estratégias comerciais adotadas, ou outros atos de relevo, se mostrem danosos ao interesse social.

A *business judgment rule* opera no âmbito da discricionariedade e autonomia, dos atos ou omissões dos administradores das sociedades, inserindo aqueles que, por desrespeito ao império legal se mostram sindicáveis, e os outros que, apesar de provocarem um resultado lesivo, tenham sido adotados num cabal cumprimento dos deveres legais e estatutários aplicáveis.

Desta forma, o artigo 72º, n.º2, acaba por formular uma causa de exclusão da ilicitude, demonstrando a irrelevância do resultado da administração, já que sobre estes agentes apenas impendem os deveres de “bem administrar”, constituindo uma obrigação de meios e não de resultados.

O texto legal desta norma, como causa de exclusão de ilicitude, poderá ter atingido um alcance excessivo, se não houver uma compatibilização com a

³³ A atual referência, no art. 64, n.º 1, a), à “diligência do gestor criterioso e ordenado” aponta, por contraste, uma aproximação à perspetiva tradicional—conquanto não inequívoca—, segundo a qual a diligência não é um critério da ilicitude, mas sim da culpa (cfr. o n.º 2 do art. 487 do Código Civil). De facto, a ilicitude da conduta do administrador tem hoje — depois da alteração legislativa — de descrever-se, primordialmente, como violação de deveres de cuidado ou de lealdade – Frada, Manuel Carneiro da, “A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”.

distribuição do ónus da prova, nas ações de responsabilidade dos administradores, prevista no n.º1 do art.º 72º do CSC, isto porque, como os deveres postulados no art. 64º, n.º1, dizem apenas respeito aos de cuidado, o simples resultado lesivo do interesse social, não permite que se presuma um incumprimento destes deveres.³⁴

Tal significa dizer que, inexistindo essa presunção, o ónus da prova ficará do lado da sociedade, enquanto lesada, cabendo-lhe demonstrar que o Administrador atuou em desrespeito por aqueles deveres.

Nesta linha de entendimento, torna-se forçoso concluir que os interesses dos lesados se encontram prejudicados ao suportarem a obrigatoriedade de produção de tão difícil prova.

Carneiro de Frada entende para proteção dos interesses dos Lesados, será de admitir um prova facilitada, por verosimilhança, i.e. que se baste com a indicição da violação de tais deveres.

A sociedade tem o ónus da prova indiciária sobre a ação ou omissão violadora de um dever, sobre os danos e o nexo de causalidade. O administrador tem o ónus da prova da inexistência de ilicitude, de inexistência de culpa e de que os danos teriam ocorrido face ao comportamento lícito alternativo³⁵

³⁴ Nas palavras de Carneiro de Frada, in a “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores” - “ao contrário do que se verifica no direito comum (por força do art. 799, n.º 1, do Código Civil, quanto à distribuição do ónus da prova ocorrido um incumprimento de obrigações)(35), o que impende sobre o devedor é só uma presunção de censurabilidade. De facto, a ilicitude aparece descrita separadamente pelo art. 72, n.º 1. Ao invés, no art. 799, n.º 1, a ilicitude é (tão-só) indiciada pela falta de cumprimento. Por isso, a presunção contida neste último preceito estende-se à existência dessa ilicitude e à causação, por ela, do incumprimento (a haftungsbegründende Kausalität da doutrina germânica).

Nada disso acontece considerando o art. 72, n.º 1, na sua ligação com o art. 64, n.º 1, a). Como os deveres do administrador são apenas de “cuidado”, não há indício de incumprimento deles apenas porque a administração não foi bem sucedida. O facto de ter havido prejuízo da sociedade não autoriza, de lege lata, qualquer inferência no sentido de uma infracção de tais deveres.

De acordo com as regras gerais de distribuição do ónus da prova, parece que cabe ao lesado — a sociedade — a prova da violação dos deveres legais ou contratuais dos administradores. Ou seja, considerando o art. 72, n.º 1, compete-lhe a demonstração da infracção, na falta de um dever específico, de algum dos deveres de “cuidado” previstos no art. 64, n.º 1).”

³⁵ Caetano Nunes, Pedro, Corporate Governance, pág. 40

4. A INSOLVÊNCIA CULPOSA

Nos tópicos anteriores, abordámos a temática da responsabilidade e deveres dos administradores das sociedades, enquanto gestores criteriosos e ordenados, que procuram o cabal cumprimento do escopo e interesse societário, porquanto, que se encontram sujeitos a certas proibições de conduta.

Fizemos ainda um enquadramento, da *business judgment rule*, enquanto cláusula de exclusão da ilicitude, permitindo ao leitor uma abertura da mente, face à problemática que aqui será exposta.

Se numa primeira instância verificámos que os administradores das sociedades se encontram sujeitos ao cumprimento de um elenco de deveres, que, tem tanto de amplo e aberto, como de escrupuloso, por outro, observámos que, por respeito ao princípio da *business judgment rule*, não podemos sindicar todos os resultados, estes, que resultam da própria gestão e não do sucesso obtido pelas decisões daqueles, assistindo-lhes liberdade de atuação, enquanto sujeitos qualificados, detentores da *leges artis* da gestão de empresas.

Sindicabilidade que, por vezes, ao ser realizada pelos próprios tribunais, poderá ser exercida sem conhecimento técnico-científico necessário, para se aferir da licitude ou ilicitude da conduta do Administrador.

A presente dissertação, pretende interligar tal problemática, à questão da culpa dos administradores pela situação ou agravamento da Insolvência, esta que, no nosso entender, por aplicação da própria Lei em vigor, e pela prática judicial, se mostra em conflito com pressupostos da responsabilidade societária, bem como com os princípios da discricionariedade fornecida aos administradores.

Com efeito, assistimos por diversas vezes a punições “cegas” desses sujeitos, punições por um resultado, com base no preenchimento objetivo de certas circunstâncias que dão origem a presunções de dolo e culpa grave, estas severas e excessivas, como passaremos de seguida a demonstrar.

A concretização da responsabilidade dos administradores pela situação da insolvência da sociedade, possui uma estreita ligação com a temática tratada nos arts. 186.º e seguintes do CIRE.

O incidente de qualificação de insolvência, como já referido em tópico anterior da presente dissertação, destina-se a qualificar a insolvência como fortuita ou culposa.

De acordo com o artigo 185º do CIRE, a insolvência é qualificada como culposa ou fortuita, quando culposa a relevância desta qualificação diz respeito à situação jurídica do insolvente ou das pessoas por ele abrangidas, nos termos previstos pelo art. 189º do CIRE.

Do artigo seguinte, consta a definição de insolvência culposa, o que significa que a insolvência fortuita se delimita por exclusão de partes.³⁶

O preâmbulo do DL 53/2004, de 18 de Março, demonstra ainda que foi intenção direta do legislador, evitar insolvências dolosas, e, por outro lado, aumentar a eficácia na responsabilização dos administradores de empresas, através da instauração oficiosa do incidente, mesmo em caso de encerramento por insuficiência patrimonial, através da designação de incidente limitado de qualificação de insolvência.³⁷

³⁶ Segundo Oliveira, Rui Estrela, “a distinção entre insolvência fortuita e insolvência culposa possui um carácter nitidamente substantivo, sendo que dever-se-á classificar a insolvência como fortuita quando não for possível qualificá-la como culposa, uma vez que a lei é omissa relativamente à definição de insolvência fortuita. OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação de insolvência”, in *O Direito*, 142.º, 2010, V, pág. 931-987.

³⁷ Número 40 do Preâmbulo da Lei n.º 39/2003, de 22 de Agosto, “Um objectivo da reforma introduzida pelo presente diploma reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas. É essa a finalidade do novo ‘incidente de qualificação da insolvência’.

As finalidades do processo de insolvência e, antes ainda, o próprio propósito de evitar insolvências fraudulentas ou dolosas, seriam seriamente prejudicados se aos administradores das empresas, de direito ou de facto, não sobreviessem quaisquer consequências sempre que estes hajam contribuído para tais situações. A coberto do expediente técnico da personalidade jurídica colectiva, seria possível praticar incolumentemente os mais variados actos prejudiciais para os credores.

O CPEREF, particularmente após a revisão de 1998, não era alheio ao problema mas os regimes então instituídos a este propósito – a responsabilização solidária dos administradores (com pressupostos fluidos e incorrectamente explicitados) e a possibilidade de declaração da sua falência conjuntamente com a do

Várias são as teses, ao longo dos últimos anos, que têm defendido a justiça e eficiência económica na responsabilização, independentemente de culpa, presumindo-se a mesma a partir das regras que a seguir passaremos a analisar, isto é, com base em certos factos, que permitem assim que os administradores respondam pelas dívidas das sociedades em caso de insolvência.³⁸

Demonstraremos de imediato que tais posições poderão dar origem a condenações desmedidas, e geradoras de injustiças e ineficiências económicas, pois não têm por alicerce, o conhecimento do mercado económico-financeiro, nem da própria atividade empresarial.

Sendo certo que, em algumas das regras previstas nos n.ºs 2 e 3 (casos aí vertidos), poderão estar implícitos comportamentos dos administradores que justificam a sua responsabilização, outras tantas não.

Veremos também que as chamadas presunções do n.º2, no nosso entendimento, não dizem respeito a verdadeiras presunções legais de qualificação da insolvência, mas sim as previsões normativas especiais (autónomas).

devedor – não se afiguram tecnicamente correctos nem idóneos para o fim a que se destinam. Por outro lado, a sua aplicação ficava na dependência de requerimento formulado por algum credor ou pelo Ministério Público. Ademais, a sanção de inibição para o exercício do comércio pode ser injusta quando é aplicada como efeito automático da declaração de falência, sem atender à real situação do falido.

O tratamento dispensado ao tema pelo novo Código (inspirado, quanto a certos aspectos, na recente Ley Concursal espanhola), que se crê mais equânime – ainda que mais severo em certos casos –, consiste, no essencial, na criação do ‘incidente de qualificação da insolvência’, o qual é aberto oficiosamente em todos os processos de insolvência, qualquer que seja o sujeito passivo, e não deixa de realizar-se mesmo em caso de encerramento do processo por insuficiência da massa insolvente (assumindo nessa hipótese, todavia, a designação de ‘incidente limitado de qualificação da insolvência’, com uma tramitação e alcance mitigados).”

³⁸ Neste sentido, um bom exemplo, José Manuel Branco, op. Cit, pag. 66. “ Assim, de jure constituindo, parece-nos fazer todo o sentido, por um lado, a instituição de um verdadeiro regime de responsabilidade insolvencial objetiva e automática, tendo por consequência a reversão subsidiária e solidária em relação aos administradores de facto ou de direito quando verificados certos factos índice que levariam à obrigatória instauração do incidente.”

4.1. A regra geral – n.º1 do art. 186º do CIRE

O artigo 186º, n.º1 do CIRE, contendo a regra geral, prevê a qualificação da insolvência como culposa, quando a situação é criada ou agravada em consequência da atuação dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores de direito, ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

Esta noção geral vale indistintamente para qualquer insolvente, ao contrário do n.º2 e 3 que só têm aplicação direta a pessoas coletivas e entidades coletivas não personalizadas.³⁹

Após análise da matéria já tratada no presente estudo, encontramos-nos capazes de aferir os próprios conceitos de dolo e culpa grave, no âmbito das atuações dos administradores das sociedades insolventes.

Sobre as matérias de direito comercial abordadas anteriormente, verificámos que nem todas as atuações consubstanciam dolo ou culpa do agente, apenas aquelas que violem diretamente deveres legais gerais ou deveres específicos que se impõe a esses sujeitos, sendo que, mesmo em caso de tal violação, quando a atuação tenha ocorrido de forma diligente (princípio do gestor criterioso) e informada, segundo a *leges artis* da gestão de empresas, nem assim poderá ou deverá ser alvo de responsabilização.

Deste modo, o conceito de dolo ou culpa grave no quadro da responsabilidade pela insolvência, no nosso entender, deverá ser construído com base no grau de violação dos deveres legais gerais e específicos societários, e na aferição da (não)aplicação da ciência da gestão de empresas, sendo nossa posição que uma atuação dolosa, será a que foi praticada, por um lado, em desrespeito por aqueles deveres, e por outro, em total desconsideração pelos estudos, obtenção de dados e elaboração de análises técnicas, inerentes à procura generalizada de informação,

³⁹ O n.º 4 do art. 186.º prevê uma possível aplicação do disposto nos n.ºs 2 e 3 à atuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, onde a isso não se opuser a diversidade das situações.

que precede a tomada de decisão, e portanto, que mune a atuação do administrador ou gerente societário.

Consideramos a existência de culpa grave na conduta do administrador, nos casos em que, não obstante de se encontrar em cumprimento dos deveres societários, foi praticada em desconformidade com o princípio do “gestor criterioso”, porquanto, ignorando a diligência devida a um administrador, conhecedor e aplicador da ciência da gestão de empresas.

O n.º1 do art. 186º do CIRE, formula assim a regra geral, que contém os critérios primeiros para a qualificação da insolvência como culposa: declaração da insolvência; existência de dolo ou culpa grave na conduta dos administradores; e que tenha sido praticada nos três anos precedentes à declaração da insolvência.

Veremos de seguida que, conjugando este primeiro n.º1 com os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, tal significa dizer que, não sendo o insolvente pessoa singular, a simples ocorrência de alguma das situações elencadas nas diversas alíneas do n.º2 do sobredito art. 186º conduz à insolvência culposa.⁴⁰

A norma que tipifica os pressupostos da insolvência culposa, postula dois conjuntos de presunções, previstos nos n.ºs 2 e 3 do referido artigo.

Nas palavras de Rui Pinto Duarte, “ a noção legal de insolvência culposa, abrange a ilicitude objetiva e a ilicitude subjectiva, correspondendo, pois a uma visão sincrética da ilicitude”⁴¹

O mesmo equivale dizer que a regra do n.º1 pressupõe a ilicitude da atuação em causa, sendo que essa ilicitude deverá resultar da violação de outras normas (CSC, Regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras, etc), sendo que as regras do n.º2 se prendem com a ilicitude objetiva.

⁴⁰ Neste sentido Fernandes, Luís Carvalho /Labareda, in CIRE anotado, pág. 14, nota 5, 8 e 15.

⁴¹ Duarte, Rui Pinto, “Responsabilidade dos Administradores - Articulação entre o CIRE e o CSC”, III Congresso da Insolvência, Almedina, 2015. Pág. 162

4.2. As presunções de qualificação da insolvência – art. 186º do CIRE

4.2.1. Presunções *iuris et de iure* – n.º 2 do art. 186º do CIRE

O n.º 2, carrega um elenco de presunções *iuris et de iure*, presunções inilidíveis, de insolvência culposa dos administradores de direito ou de facto da insolvente, por outro lado, o n.º3, consagra um conjunto de presunções *iuris tantum*, de culpa grave dos administradores de direito ou de facto da insolvente.⁴²

Como refere Teles de Menezes Leitão, relativamente a estas presunções inilidíveis “ *Verificados algum destes factos, o juiz terá assim de decidir necessariamente no sentido da qualificação da insolvência como culposa. A lei institui consequentemente no art. 186º, n.º2 do CIRE, uma presunção iuris et de iure, quer da existência de culpa grave, quer do nexo de causalidade desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de insolvência, não admitindo a produção de prova em sentido contrário*”⁴³

Pelo exposto, verificadas as situações previstas no n.º2 do art. 186º, imediatamente se presume, sem mais, que as mesmas provocaram a situação de insolvência da sociedade, ou que, pelo menos, a tenham agravado.

A utilização da expressão “*sempre culposa*” determina que o legislador teve a intenção de estabelecer uma presunção *iuris et de iure*, de acordo com o previsto no n.º2 do art.350.º do CC, pelo que, desta forma, torna-se perceptível que o elenco legal tenha de se considerar taxativo, para que as situações aí previstas conduzam, inexoravelmente, a uma qualificação culposa da insolvência.⁴⁴

Por exemplo, aplicando-se nas situações em que os administradores tenham: “destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo

⁴² Para um estudo da taxatividade dos factos elencados pelas presunções, “Fernandes, Luís. A. Carvalho/Labareda João, Código da Insolvência e da recuperação de empresas anotado, pág. 610, 2008.

⁴³ Leitão, Teles Menezes, in “Direito da Insolvência,” Almedina, 2009, pág. 272.

⁴⁴ Neste Sentido, Fernandes, Luis A. Carvalho/ Labareda, João, CIRE anotado, 3ª edição, pág 680.

ou em parte considerável, o património do devedor”; “criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas”; “comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação”; “disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros”; “exercido, a coberto da personalidade coletiva da empresa, se for o caso, uma atividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa”; feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse direto ou indireto”; “prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência”; “incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor”; “incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do art.188.”

Nas palavras de Manuel de Frada, o n.º 2 do art. 186º cobre na generalidade, os casos em que, na prática judicial, conduziram a uma responsabilização dos administradores⁴⁵

Poderemos dizer que, de forma generalizada, todas as alíneas do n.º2 envolvem efeitos nefastos para o património do insolvente, que criam ou agravam a situação de incapacidade do mesmo em cumprir na totalidade com as suas obrigações.

⁴⁵ Frada, Manuel A. Carneiro, ob. cit. pág. 692 e 693 – “Facilita-se, por outras palavras, a vida ao prejudicado no que concerne ao estabelecimento da ilicitude do comportamento dos administradores porque, sempre que ocorra alguma das hipóteses previstas, essa ilicitude da conduta é especificamente apontada como tal pelo legislador.”

As situações elencadas pelas alíneas do referido n.º 2, poderão ser sistematizadas em três grupos: naquelas que afetam no todo em parte considerável o património do devedor, a) e c); nas que para além de diminuírem o património do devedor, acarretam proveito próprio para os seus administradores b), d), e), f), e g); e nas que referem ao incumprimento de obrigações legais a que os mesmos se encontram adstritos, h) e i), recorrendo o legislador a conceitos indeterminados para a sua aplicação, “ em parte considerável “a); “criado ou agravado artificialmente” b), “preço sensivelmente inferior” c); “incumprido em termos substanciais, h).

Neste conjunto, importa realçar o caso da alínea i), segundo a qual sempre se qualifica a insolvência como culposa, se os administradores da insolvente incumpriram de forma reiterada, os deveres de apresentação e colaboração, previstos no art. 83º ex vi do n.º4 do CIRE, até a data da elaboração do parecer da qualificação. Veja-se que, o art. 83º no seu n.º3, prevê que a referida recusa de apresentação e colaboração dos administradores, seja oficiosamente apreciada, para efeitos da qualificação da insolvência.

Neste caso, teríamos uma colisão entre o poder de livre apreciação do juiz, e a presunção inilidível de culpa dos administradores, que obstará a qualquer juízo sobre a conduta.

Como tal, a conciliação destes dois preceitos, apenas se consegue a considerar que o poder de livre apreciação do juiz, não se aplica, nos casos em que há incumprimento do referido dever de forma “reiterada”, cfr. Alínea i) do n.º2 art. 186º CIRE.⁴⁶

Cumpre-nos aqui elaborar um ligeiro parágrafo sobre a nossa posição quanto a estas presunções.

⁴⁶ Neste Sentido Fernandes, Luís. A. Carvalho/Labareda, João, Código da Insolvência e da recuperação de empresas anotado, pág. 681.

Certas regras do n.º2 visam fatos que, mesmo sendo ilícitos e danosos, podem não criar ou agravar a situação de insolvência, por exemplo, fazer do crédito da sociedade uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros.

O próprio conceito de presunção, encontra-se previsto no art. 349º do CC, consistindo no resultado de uma dedução lógica, que tem como ponto de partida um fato conhecido, e pretende demonstrar a realidade desse ou de outro facto.

Segundo Antunes Varela, esta dedução é o resultado da elaboração de um raciocínio lógico, sendo que a presunção será a base da conclusão e explicação do outro facto que se pretende provar, não esquecendo que o facto que serve de ponto de partida é já um facto conhecido ou provado, em que apenas se pretende alcançar um facto desconhecido.⁴⁷

No que respeita às referidas presunções legais do art. 186º do CIRE, parece-nos que o legislador, através da verificação de um fato, vem provar um outro, desconsiderando a existência de relação entre ambos. Recorra-se por exemplo a alguns casos de prosseguimento do interesse de sócios e trabalhadores, de uma exploração deficitária, sabendo ou devendo saber que ela conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência.

Rui Pinto Duarte afirma neste sentido, “que o mesmo é dizer que existe uma contradição valorativa entre o n.º1 do art. 186, que enuncia que a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravado em consequência de atuação dolosa ou com culpa grave, e n.º2 que prevê casos de insolvência culposa com culpa não grave ou até sem culpa”⁴⁸.

Resumindo, em rigor metodológico, ao invés de presunções legais, não estaremos perante previsões normativas especiais (autónomas) de qualificação da insolvência? A inexistência fatural (realística), entre as regras do n.º2 que visam

⁴⁷ Varela, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio, “Manual de Processo Civil: de acordo com o DL n.º 242/85”, 2ª edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, pág. 501.

⁴⁸ Duarte, Rui Pinto, Ob. Cit, pág. 162

factos que podem não criar ou agravar a situação de insolvência, e a conclusão operada pelo legislador nesse mesmo sentido, leva-nos a crer que não poderemos denominar tais regras de presunções, pois não refletem o resultado da aplicabilidade das máximas da experiência, mas sim diretas e concretas previsões especiais de qualificação.

4.2.2. Presunções *iuris tantum* – n.º 3 do art. 186º do CIRE

Analizando o n.º3 do art. 186º, ressalta a vista a presunção de culpa grave que se reporta a comportamentos dos administradores, de direito ou de facto, da insolvente pessoa coletiva.

Neste caso, a referida presunção é ilidível.

Ao contrário do que sucede com o n.º2, que dispõe que a insolvência se considera sempre culposa, uma vez verificados certos factos, do n.º 3 presume-se apenas a existência de culpa grave, já que em momento algum se proíbe produção de prova em contrário, nos termos do n.º2 do art. 350º do CC.⁴⁹

Com efeito, estamos assim perante uma presunção *iuris tantum*.⁵⁰, estas presunções poderão ser afastadas, por exemplo “através da demonstração de que, *“apesar de alguns problemas financeiros, a empresa continuou a laborar e que não se apresentou à insolvência, porque apesar das dificuldades económicas sempre tentou que a mesma continuasse a sua actividade.”*⁵¹

In casu, trata-se de um comportamento que é imposto ao Administrador, visando evitar que a situação da insolvência se agrave, e, portanto, reporta-se a um dos designados deveres autónomos, em sentido próprio.⁵²

⁴⁹ Vd. AcRelLisboa 22 Jan 2008 (Graça Amaral) e Fernandes, Luís A.Carvalho/Labareda, João, “Código...”, Cit..

⁵⁰ Em igual sentido, Leitão, Luís Menezes, “Código da Insolvência”, pág 187.

⁵¹ Cfr. AcRelGuimarães 11 Jan 2007 (Manuel Buchó).

⁵² Fernandes, Luís A. Carvalho / Labareda, João, Código..., cit., e Lumbrals, Nuno B. M., Breves Reflexões sobre Alguns Aspectos da Responsabilidade Penal dos Administradores e Gerentes das

O incumprimento do dever de apresentação faz presumir, sem necessidade de qualquer outro justificativo, a existência de culpa grave na criação ou no agravamento da situação de insolvência podendo assim afetar os administradores da pessoa coletiva que não a apresentaram oportunamente, através do competente pedido judicial da declaração de insolvência, da sociedade incapaz de cumprir com as suas obrigações.

O CIRE, consagra ainda um dever das sociedades, na pessoa dos seus legais representantes, que se encontram obrigados na escrituração comercial, isto é, na obrigação de prestar contas e dever de balanço, estes que, quando incumpridos, poderão dar origem à qualificação da insolvência como culposa.⁵³ Neste caso, estamos perante, uma violação dos deveres previstos no art. 64.º do CSC, da violação de determinadas regras que, em ultima ratio, consubstanciam a violação de deveres próprios dos administradores, conforme resulta do estatuído no art. 62º do Código Comercial “*o comerciante é obrigado a dar balanço anual ao seu activo e passivo nos três primeiros meses do ano imediato*”

Por fim, nesta presunção, está ainda em causa o dever de inscrever no registo os atos a eles sujeitos, nos termos do art. 18º do Código Comercial, e arts.º 2º e 3º do Código do Registo Comercial.

Veremos que, é nosso entendimento, as várias alíneas do n.º 2 do art. 186º do CIRE devem ser alvo de tratamento específico, evitando que, de forma rígida, sempre que se verifique uma daquelas circunstâncias, se presuma, sem mais, a culpa pela insolvência, quando na realidade, em certas situações, mesmos que objetivadas tais circunstâncias, em nada se relacionam direta e sem descrição, com a situação de origem ou agravamento da insolvência.

Empresas em Caso de Insolvência, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, pág. 281.

⁵³ Fernandes, Luís A. Carvalho / Labareda, João, *Código...*, cit., pág. 611 e 612.

5. A NECESSIDADE DO NEXO CAUSAL

Nos capítulos anteriores, enquadrámos, de forma genérica, a responsabilidade e deveres dos administradores no âmbito do CSC, e o instituto da qualificação da insolvência, como mecanismo presuntivo de responsabilização dos mesmos, tendo ainda referenciado as consequências para os afetados na sua qualificação como culposa.

Por fim importa concluir se tal mecanismo respeita o preceituado no CSC, se se encontra bem concebido, e se, por outro lado, poderá servir os interesses patrimoniais dos credores.

Ou seja, se pode operar, e, em resposta afirmativa, como mecanismo autónomo, ou se dependente de nova demanda judicial. Queremos ainda verificar se o mesmo é viável, ou se, pelo contrário, se mostra meramente residual.

Importa interligar todo o processo insolvencial para que se compreenda que a qualificação da insolvência como culposa acarretará um benefício extraordinário aos credores, se, e em caso de não ter sido apurado para a massa insolvência, valor superior ao dos créditos reconhecidos, caso em que poderão agora tentar o seu ressarcimento à custa do património do devedor.

Este alargamento de patrimónios que irão responder pelo passivo da devedora, cinge-se às categorias elencadas no art. 189º, n.º2, alínea a): administradores de facto ou de direito, os TOC e os ROC.

Veremos agora, se, e de que forma poderão os credores lançar mão deste mecanismo da qualificação para obterem o respetivo ressarcimento patrimonial.

No âmbito do processo de insolvência, o incidente, por si só, apresenta várias dificuldades ao nível do desencadeamento, atendendo ao término da sua obrigatoriedade formal.

O desinteresse dos credores quando em conhecimento de um deserto patrimonial do devedor, é outro bloqueador deste mecanismo.

Num cenário positivo, o conjunto de factos trazidos às alegações, bem como os pareceres submetidos a conhecimento do tribunal, nomeadamente os do Administrador da Insolvência, darão azo à abertura do incidente de qualificação e citação dos requeridos para oposição.⁵⁴

Como abordado no tópico anterior da presente dissertação, a temática da situação da insolvência culposa da sociedade possui uma estreita ligação com a temática tratada nos arts. 186.º e seguintes do CIRE, norma que tipifica um elenco de situações nas quais se presume culpa dos administradores da insolvente.

Parece-nos óbvio que quanto às situações que consubstanciaram o preenchimento das presunções *iuris et de iure*, inilidíveis, do n.º 2 do art. 186º do CIRE, basta aos requerentes que demonstrem qualquer das situações para que automaticamente se presuma, sem mais, a culpa dos administradores das sociedades.

De forma diferente, operam as presunções de culpa grave do n.º3 do art. 186º, na medida em que estas são ilidíveis, ao contrário das anteriores, podendo os requerentes demonstrar que mesmo que se encontrem verificadas as circunstâncias descritas, não houve culpa no resultado, tendo estes sujeitos cumprido com os deveres que lhe estão incumbidos pelas suas funções.

Contudo, em qualquer das situações, no nosso entendimento, deveremos ter em consideração cada uma das circunstâncias descritas nas várias alíneas.

⁵⁴ Na falta de oposição, há quem defenda “como sucede com o Ac. RP de 16-10-2012 e com alguma doutrina espanhola (Merquel Berenger, 2012, pág. 104), ambos apelando ao princípio do inquisitório, a que esta última faz acrescer os princípios da presunção de inocência, direito de defesa e garantias processuais, que entende serem aplicáveis ao carácter sancionatório da qualificação culposa.

Para os que perfilham esta posição, Branco, José Manuel, Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa, pág. 60, cit. “entende que haverá lugar a julgamento no qual os intervenientes, sem prejuízo de contraditório, terão de convencer o juiz quanto aos fundamentos de facto e de direito necessários à decisão daquele sentido.”

Para que se possa qualificar a insolvência como culposa, é necessário, para cumprimento dos mais elevados princípios do Direito Civil, à luz da teoria da causalidade adequada, um nexo de causalidade entre os factos cometidos ou omitidos pelos administradores das sociedades e a criação da situação de insolvência ou do seu agravamento, e o nexo de imputação dessa situação à conduta, a título de dolo, que se presume pelo n.º2 do art. 186º do CIRE, ou de culpa grave do n.º3 do mesmo artigo. A teoria da causalidade adequada, encontra-se plasmada no art. 563.º do CC.

Segundo a mesma, e, nas palavras do Professor Doutor Antunes Varela, para que se possa dizer que um facto foi causa de determinado dano, não basta que no caso concreto seja sua condição, é necessário que, em abstrato, ela constitua uma causa adequada desse dano.⁵⁵

Não obstante, os nossos tribunais, numa corrente maioritária,⁵⁶, nas situações do n.º2 do art. 186º do CIRE, não consideram a necessidade de alegar e provar um nexo causal, para que se verifiquem e operem as ditas presunções, fundados na letra da lei que, nestes casos, presume, para além da culpa, a existência de uma causalidade entre a conduta praticada e a criação ou agravamento da situação da insolvência.

Ao contrário, a doutrina maioritária tem entendido que, para que a insolvência se considere qualificada como culposa, é exigida a verificação de um nexo de causalidade entre os factos aí previstos e a produção e/ou agravamento da situação de insolvência.⁵⁷

No nosso entender, segundo a prática jurisprudencial, apelando à matéria do direito societário abordada no presente estudo, a imperatividade deste preceito poderá acarretar injustiças, bem como graves prejuízos aos afetados, que nem

⁵⁵ Sobre este tema: Varela, Antunes, “*Das Obrigações*, cit.; e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I – *Introdução da Constituição das Obrigações*”, Almedina, 9.ª Edição, 2010.

⁵⁶ Vide, a título de exemplo, Ac. TRelÉvora 26 Jan 2012 (António Cardoso); Ac. TRelCoimbra 5 Fev 2013 (Maria José Guerra); Ac. TRelCoimbra 5 Fev 2013 (Maria José Guerra).

⁵⁷ Neste sentido, vd. Fernandes, Luís Carvalho/Labareda, João, *Código..., op cit.*

sempre atuaram com verdadeira culpa ou dolo, e consequentemente, em incumprimento dos seus deveres contratuais.

Para que se apure a responsabilidade dos administradores pela insolvência, mostra-se necessário permitir a esses sujeitos, em certas situações, o ónus de alegar e provar que o nexo de causalidade não se prende com a sua conduta, sob pena de não se encontrarem preenchidos os pressupostos gerais da responsabilidade civil, que, não obstante de não exigíveis por presumidos, no caso das presunções do n.º2 do art. 186º, poderá originar a impossibilidade de defesa, a quem efetivamente não contribuiu para aquele resultado.

Apresenta-se manifestamente plausível tal desiderato, mais não seja pela diversidade de circunstâncias previstas no n.º 2 do art. 186º do CIRE, pois, se de algumas alguma delas se poderá fazer “prova direta” sem necessidade de nexos causal, atendendo à sua concretude, (dissipação patrimonial direta) noutras, a sua abstratividade careceria de prova de causalidade adequada (obrigação de manter contabilidade organizada).⁵⁸

Quanto às presunções ilidíveis do n.º 3, os tribunais têm entendimento pela necessidade e possibilidade de prova do nexos causal, não fossem estas meras presunções *iuris tantum*, portanto ilidíveis. Caso não fosse admitida prova sobre o nexos causal, desvirtuaria a própria natureza da presunção.

A título de exemplo, segundo as conclusões do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa “A verificação das situações previstas na alíneas a) e b), do n.º 3, do art.º 186º, do CIRE, constituirá presunção (ilidível) da insolvência culposa – pressupondo-se, à partida, o nexos de causalidade exigido pelo n.º 1 - e não apenas da culpa grave do agente infrator” (...) **“Não se tendo provado qualquer razão**

⁵⁸ Como exemplo de concretude “d) Disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;”, e de abstratividade “c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;” Na primeira, verificada a circunstância, compreende-se a desnecessidade de prova de nexos causal, na segunda, numa primeira análise, será manifestamente injusto presumir o dolo do agente, sem prova do nexos causal, pois poderá acontecer, por exemplo, que aquele bem adquirido sofra de rápida depreciação, e o Administrador esperava um escoamento imediato, o que, por quebra de mercado, poderá não ocorrer.

externa à gerência de facto da sociedade “ S.. Lda. “, que, independentemente da forma como foi prosseguida, tivesse determinado a situação de insolvência, e tendo falhado às obrigações expressas na alínea b), do nº 3, do artº 186º, verificando-se, por conseguinte, a situação prevista na alínea h), do nº 2, do CIRE, impõe-se concluir pelo carácter culposo da insolvência relativamente ao gerente de facto.”⁵⁹ (negrito e sublinhado nosso).

No caso supra mencionado, depreendemos que ao sujeito afetado, foi dada possibilidade de prova em contrário da presunção do nexo de causalidade“ qualquer razão externa à gerência de facto (...) que tivesse determinado a situação de insolvência”.

Nesta determinação da relação causal, *“o julgador não pode nem deve ater-se secamente à simples consideração dos factos literal e expressamente provados e decorrentes das alegações das partes, podendo e devendo sobre eles operar uma interpretação crítica, dinâmica e dialéctica – atenta, vg., a globalidade do factualismo apurado – a qual, por força das regras da experiência comum e dos ensinamentos da lógica, pode acarretar que ele permita inferir a verificação ou ocorrência de outros, que são a consequência necessária, ou, pelo menos, normal daqueles”*⁶⁰

O entendimento doutrinário, no que respeita à presunção do n.º3 do art. 186º do CIRE, tem sido, no sentido de que se estabelece ali uma presunção *iuris tantum* de culpa grave, mas já não do nexo de causalidade, (ao contrário do jurisprudencial). A qualificação da insolvência como culposa exige assim uma relação de causalidade entre a conduta do devedor a situação da insolvência.⁶¹

Com efeito, segundo a doutrina, poderemos considerar que para se determinar como culposa a insolvência do devedor, teremos de aferir, primeiramente, do

⁵⁹ Ac. TRelLisboa, in 1023/07.4TBBNV-C.L1-7.

⁶⁰ Ac. TRelGuimarães 6 Mar 2012 (Eduardo Azevedo).

⁶¹ Leitão, Luís Menezes, *“Direito da Insolvência”*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, (2011) ; Fernandes, Luis Carvalho/Labareda, João, *A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor*, Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência, pág. 261 a 263.

plasmado no próprio n.º1 do art. 186º do CIRE, i.e. do nexos de causalidade entre o facto praticado ou omitido e a criação ou agravamento da situação de insolvência.

Contudo, a razoabilidade, leva-nos a crer que uma exigência exaustiva de prova sob o nexos de causalidade, nestas situações, poderá também levar a um vazio na utilidade e intuito do próprio instituto da qualificação da insolvência, causando dificuldades na aplicação do seu efeito prático.

Assim foi a interpretação do Tribunal da Relação de Lisboa, quanto ao n.º3 do art. 186º do CIRE, apelando ao termo também por nós perfilhado, de “suspeita” pelo resultado “*A norma colocará, então, numa situação de suspeita de insolvência culposa o administrador de pessoa colectiva que, encontrando-se profissionalmente obrigado a conhecer e respeitar aquelas obrigações, as omite, verificando-se posteriormente a insolvência da empresa. A solução contrária, cuja interpretação se consubstancia numa cisão entre a qualificação da culpa do administrador (que se presume grave) e o estabelecimento do nexos entre essa mesma culpa grave e as suas consequências para a deficitária situação financeira da empresa (que não se presume), poderá retirar força, lógica e utilidade ao incidente em apreço, tornando mesmo praticamente dispensável, pela sua diminuta relevância, a presunção legal estabelecida.*” (negrito e sublinhado nosso).

Tudo se centraria, no fundo, na concreta determinação da existência, ou não, de nexos de causalidade entre a conduta do administrador e a insolvência da empresa ou o seu agravamento, sendo que, o incumprimento daqueles deveres legais, terá influído, causalmente, em termos presuntivos e ilidíveis, para a situação de insolvência ou seu agravamento, isto porque tais deveres afetam a transparência da gestão da empresa, e poderão contribuir para um continuo arrastamento.

As alíneas do n.º3, dizem respeito a deveres específicos dos administradores das sociedades, o dever de apresentação à insolvência, art. 18.º do CIRE, o dever de

dar balanço e de prestar contas art. 18.º e 62.º do CCom. e art. 9.º n.º 1 alínea i) do CSC, e o dever de inscrever no registo os atos a ele sujeitos art 18.º do CCom. e 2.º e 3.º do CRC, pelo que, incumpridos, faz todo o sentido presumir a priori, a culpa de quem a eles estava obrigado, contudo, por razões de justiça, e, considerando, a título de exemplo, que o facto do administrador não ter apresentado a sociedade a insolvência poderia dever-se à expectativa de concluir um negócio potenciador do seu crescimento, que não se veio a concretizar por culpa da outra parte, seria manifestamente injusto e desproporcional, considerar o Administrador culpado, sem mais, por algo que aconteceu sem que o sujeito tivesse intenção de tal, mesmo cumprindo com a diligência e aplicando a *leges artis* de um gestor societário.

Na nossa perspetiva, a linha de interpretação adotada pela jurisprudência quanto a estas presunções, encontra-se moderada, ao considerar pela “suspeita” de culpa dos administradores na criação ou agravamento da insolvência, permitindo que os mesmos levantem tal presunção.⁶²

Veja-se que, a título de exemplo, numa das situações previstas no n.º3 do art. 186º do CIRE, a alteração da realidade contabilística, não possui, *a priori*, relação direta com a situação de insolvência, pelo que o seu nexo causal apenas servirá para uma prova positiva pelo agravamento ou criação.

Num primeiro momento, caberá aos afetados o ónus da prova para “retirada” dessa suspeita, porém, cabe ao tribunal e requerente, utilizar essa presunção de causalidade adequada entre a omissão das condutas das alíneas a) e b) do n.º 3 do art. 186º do CIRE e a situação de insolvência, para fazer prova sobre aquele resultado.

⁶² Neste sentido vide Ac. TRelLisboa (Luís Espírito Santo) 17 Jan 2012, op. cit“(…) a norma colocará, numa situação de suspeita de insolvência culposa, o administrador de pessoa colectiva que, encontrando-se profissionalmente obrigado a conhecer e respeitar aquelas obrigações, as omite, verificando-se posteriormente a insolvência da empresa(…)”.

Ao contrário, nas alíneas a) a g) do n.º 2 estão reproduzidos factos que conduzem a uma redução do património do devedor e que se configuram como infrações ao dever geral de lealdade, previstos no art. 64º, n.º 1, b) do CSC.

Nestes casos, compreende-se a ligação feita pela legislador, já que a destruição ou dissipação do património diminui a capacidade financeira e económica da sociedade, reduz o ativo, porquanto, diretamente associada à criação ou agravamento da situação de insolvência.

O legislador constatou assim um facto, e presumiu a causalidade existente, o que na nossa ótica se reveste de pleno sentido, mas que não pode olvidar de ser analisado caso a caso.

Já assim não é nosso entendimento, no que tange às alíneas h) e i) do n.º 2 do art. 186º do CIRE, estas que, no mesmo sentido do n.º3, apenas se apresentam como suspeita e não como causa direta do resultado, já que as irregularidades contabilísticas não se encontram estritamente relacionadas com o agravamento ou criação da insolvência, no limite, apenas ocultam a sua situação. Igual se aplica aos órgãos sociais pela falta de comparência e apresentação reiterada, dos elementos que lhes são exigidos.

Com efeito, consideramos no presente estudo, que, sobre essas situações, deverá recair no sujeito que incumpriu com as obrigações legais, o ónus da prova que a situação de insolvência se ficou a dever a outros fatores externos, por exemplo, pelas fracas condições de mercado à data, e o panorama económico-financeiro global/nacional. Desta forma, não se encontra prejudicada a sua possibilidade de defesa.

Na doutrina, Manuel Carneiro de Frada, analisa o preenchimento dos pressupostos nas alíneas do n.º2 e n.º 3 do art. 186º. O autor, procede exatamente à separação supra referida, dizendo que, em certos casos, estamos perante condutas que normalmente, direta ou previsivelmente, com maior ou menor grau, originam a insolvência, als. A) a g). Contudo, noutros casos, existem certos

comportamentos que, não obstante de reprováveis, não conduzem por si só à insolvência, als. d) ou f). O autor considera ainda que noutro grupo de situações, estamos perante responsabilidade por omissão, não resultando dela necessariamente a insolvência als. h) e i). Nestas hipóteses o autor refere a delitos de perigo abstrato, assumindo a responsabilidade uma função preventiva de comportamentos lesivos.⁶³

Esta linha de entendimento, é a perfilhada por nós, e tida como fio condutor para o presente estudo.

5.1. Articulação entre as presunções do CIRE e o regime societário e a efetivação da responsabilidade dos administradores pela insolvência.

Importa agora perceber, de que forma se efetiva a responsabilidade dos gerentes e administradores societários pela situação de insolvência, prestando uma conclusão sobre o meio idóneo para nos afastarmos de condenações “cegas” e “exaustivas”, e, ao mesmo tempo, não permitir o abuso e impunidade das práticas cometidas pelos agentes que exercem cargos de administração, que, com uma atuação negligente ou intuito fraudulento, originam ou agravam a situação de insolvência da sociedade.

Como já referido anteriormente, as presunções estabelecidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º visam impedir a impunidade da violação destas obrigações legais devido à dificuldade de prova do nexo de causalidade, pelo que, os afetados pela presunção do n.º 2 terão de rebater a mesma, por outro lado, os afetados pelo n.º 3 terão de a aceitar, sem mais.

Contudo, importa referir que a responsabilidade dos administradores, na insolvência, é uma responsabilidade autónoma da responsabilidade penal, e da responsabilidade civil no direito societário, sendo que esta responsabilidade não

⁶³ Frada, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade (...)”, , pág. 687 e ss.

prejudica aquelas, tal como refere o art. 185º do CIRE.⁶⁴ Pelo que, assim sendo, e tal como tem sido a nossa prática judicial, não compete ao juiz qualquer apreciação dos pressupostos da responsabilidade civil, mas apenas dos pressupostos da insolvência culposa.

A Lei nº 16/2012 de 20/4 (com entrada em vigor em 21/5/2012), que alterou o CIRE, aditou ao art.189 nº 2, a alínea e) - “ Condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”.⁶⁵

Quanto ao conceito de “afetados”, o incidente de qualificação e a própria qualificação da pessoa como “pessoa afetada”, não implica necessariamente a que estas sejam os administradores. O juiz só deverá qualificar como “afetadas” as pessoas cuja conduta tenha determinado ou codeterminado o carácter culposos da insolvência.⁶⁶

Acrescentou o nº 4 – “Ao aplicar o disposto na alínea e) do nº 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas, ou caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor de elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença”.

Ora, em simultâneo, e sem prejuízo desta obrigação de indemnizar, prevista na responsabilidade insolvencial, os credores dispõem ainda da responsabilidade societária, regulada fora do CIRE, e adaptada ao direito da insolvência por via do art. 82º, legitimidade processual reservada ao Administrador da Insolvência;

⁶⁴ Neste sentido, Branco, José Manuel, “Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa”, pág. 59.

⁶⁵ Igual aplicação pelo CSC, “Sendo dois ou mais administradores responsáveis perante um credor da sociedade, este pode exigir a indemnização integral de qualquer deles, e o cumprimento da obrigação por um a todos libera (sem prejuízo, porém do direito de regresso)”, Coutinho de Abreu e Elisabete Fernandes, “Anotação ao art. 78.º”, in Código das Sociedades em Comentário, Volume I, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 894 e ss.

⁶⁶ Duarte, Rui Pinto, ob. cit. pág. 168.

Apensação ao processo de Insolvência; reversão das quantias pagas a favor da Massa Insolvente.

O juiz da causa penal, por exemplo, não se encontra vinculado pela decisão proferida em sede de incidente de qualificação de insolvência, nem assim sucede para o juiz decisor daquelas ações previstas no art. 82º, n.º2 do CIRE⁶⁷, o que na prática, resulta numa limitação à eficácia da qualificação da insolvência, já que apenas produz efeitos para este processo.

No que se prende com as semelhanças entre os pressupostos da responsabilidade dos administradores para com os credores no âmbito do CSC e do CIRE, podemos elencar: a necessidade de insuficiência do património da sociedade; o dano sofrido pelos credores; e a atuação ilícita dos administradores.

Não obstante, pelo que já foi exposto no presente trabalho, facilmente se depreende que a responsabilidade insolvencial, de certa forma, apresenta-se vantajosa face à societária, na medida em que a prova sobre os pressupostos da responsabilidade é facilitada.

Perceba-se o raciocínio: Facto voluntário, é o que serviu de fundamento à qualificação da insolvência como culposa; a culpa, presume-se pelos n.ºs 2 e 3 do art. 186º, dano, (não satisfação dos créditos no processo de insolvência); nexo de causalidade, presumido, sem mais no n.º2, rebatível no n.º3; ilicitude, é a violação de interesses alheios, nos termos do art. 483º, n.º1 do CC. ⁶⁸ Existem assim duas presunções especiais de culpa e regras especiais sobre a ilicitude.

No quadro da insolvência, a obrigação de indemnizar abrange ainda todos os créditos não satisfeitos (art. 189º, n.º2), ao passo que no CSC, apenas se toma em conta o prejuízo (que pode ser inferior ao valor do crédito), e apenas aos credores que exerçam os seus direitos.

⁶⁷ Fernandes, Luís Carvalho/ Labareda, João, ob. cit, pp. 678 - “Daqui resulta que o tribunal competente para decidir essas causas pode atribuir à insolvência uma qualificação diferente da fixada nestes incidentes”.

⁶⁸ Epifânio, Maria do Rosário, “Manual de Direito da Insolvência”, pág. 141.

Porém, não deixa de estar desprovida de sentido a proposição de ações de responsabilidade societária, na medida em que pela responsabilidade insolvencial, o limite de ressarcimento dos danos, vai até ao da satisfação dos créditos não ressarcidos pelo produto da liquidação na insolvência, e, apenas, no caso em que a conduta praticada seja anterior ao hiato temporal dos três anos, ou ainda nas situações em que os danos resultem de uma atuação com culpa leve.⁶⁹

Isto porque, conforme se percebe do próprio instituto, o mesmo não salvaguarda de forma plenamente satisfatória, os interesses dos credores sociais, pois prevê apenas, em termos patrimoniais, a perda de créditos sobre a massa insolvente, a condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos e, com a alteração introduzida pela Lei nº 16/2012 de 20/4, a condenação na indemnização aos credores no montante dos créditos não satisfeitos, até à força dos respetivos patrimónios, num regime de responsabilidade solidária. Assim, os credores sociais poderão não ser ressarcidos na sua totalidade, pelos danos que a atuação dos administradores possa ter causado.

Resumindo, a qualificação da insolvência como culposa, por si só, permite que a responsabilização dos administradores, no pagamento indemnizatório dos credores até ao limite do crédito por estes reclamado, e não ressarcido após rateio e distribuição de verbas no decurso do processo de insolvência. Sem prejuízo do acionamento dos demais mecanismos para o efeito. Contudo, não se apresenta totalmente satisfatória.

Não obstante, reforçamos o nosso entendimento de que os tribunais, salvo o devido respeito, têm cumprido de forma quase “cega” e desmedida, porquanto, menos acertada, com o preceituado no art. 186º do CIRE, desconsiderando em determinados casos, o importante nexo de causalidade entre a ação ou omissão

⁶⁹ Ob. Cit. anteriormente, pág. 143.

que, apesar de à primeira vista originar ou agravar a situação de insolvência, nem sempre assim sucede.

Pelo exposto, na nossa ótica, torna-se necessário e até essencial para um justa efetivação da responsabilidade dos administradores pela insolvência, ter em conta o devido nexo causal, em certas situações previstas no n.º2 e n.º3 daquele artigo.

Do modo que tem vindo a ser sufragado pela nossa jurisprudência, os administradores poderão ser condenados em pleno cumprimento dos seus deveres societários, sendo que, neste momento a responsabilidade insolvencial, apenas permite um ónus da prova ao sujeito, no caso das situações vertidas no n.º3, as referidas presunções de culpa grave, condenando diretamente e sem necessidade/possibilidade de prova do nexo causal, com o preenchimento objetivo das situações previstas no n.º2.

6. REFLEXÕES CRÍTICAS

Aqui chegados, fazendo um balanço sistemático entre os vários tópicos abordados na presente dissertação, concluímos pela necessidade de articulação entre os deveres dos administradores, a discricionariedade das suas atuações, e a responsabilização destes no âmbito da insolvência societária.

Entre os deveres legais a que os administradores das sociedades estão adstritos, abordámos os deveres legais gerais, como o dever de cuidado e o dever de lealdade, e referimos que existem certos deveres legais específicos.

No nosso ordenamento, é o próprio art. 64.º CSC referente aos deveres fundamentais dos gerentes ou administradores das sociedades que no seu n.º1 a) parte final, fixa a bitola do “gestor criterioso e ordenado”

O (in)cumprimento ou não destes deveres, deverá ser aferido com bastante cautela, não podendo ser determinado desmesuradamente, e apenas com base na factualidade evidente aos olhos de um homem comum.

Assim o deve ser, pois as regras de uma boa gestão, são definidas pela *leges artis* da gestão de empresas.

Aquelas ou outras condutas praticadas pelos administradores, apenas deverão ser sindicadas com recurso à prova da não aplicação, na prática, da ciência das empresas, esta que, nos dias de hoje, se presume do conhecimento dos gerentes e administradores, e portanto, que lhes é exigível. O princípio da *Business Judgment Rule*, ganhou reflexão no nosso CSC através do art. 72º, nº2, segundo o qual a responsabilidade do Administrador é excluída, se provar, “que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.”

Nos termos deste princípio, basta que o gerente-administrador seja leal ao escopo empresarial, aja de boa-fé e com a devida diligência e cuidado (obrigação de meios). Estamos, pois, no plano das intenções.

Esta norma fornece uma dupla blindagem na sindicabilidade da tomada de decisões dos administradores das sociedades. Num primeiro plano, diretamente ligado à própria sociedade e à sua organização, e num segundo, direcionado à prática judicial, e, portanto, ao julgador que afere da (i)licitude/censurabilidade dos respectivos atos praticados por aqueles sujeitos.

É através desta discricionariedade que é fornecida aos administradores, que os mesmos poderão praticar atos arriscados em prol da promoção e crescimento empresarial, desejados no mundo do comércio.

Contudo, e sendo este o alvo de estudo da presente dissertação, parece-nos que no momento de rutura económica da empresa, porquanto, quando a mesma é declarada insolvente, tais deveres e princípios inerentes à atividade dos administradores, não são tidos em consideração na sua plenitude, pretendendo o nosso legislador, bem como a própria prática judicial, responsabilizar de forma desmedida, aqueles sujeitos, bastando-se pela prova do resultado negativo, ao invés da prova da aplicação por aqueles, dos meios que lhes são exigíveis e que se encontram ao seu alcance.

Assim concluímos, pela própria natureza do incidente de qualificação da insolvência, este que têm em vista a qualificação da insolvência como culposa ou furtiva, com base no preenchimento dos pressupostos do n.º 1 do art. 186º do CIRE, e na correspondência com as circunstâncias previstas nas várias alíneas dos n.ºs 2 e 3, às quais se presume dolo ou culpa grave dos administradores, pela criação ou agravamento da insolvência.

É nossa crença que, não obstante das vantagens decorrentes do acionamento de tal expediente, nomeadamente, por prever uma atividade probatória facilitada quanto aos vários pressupostos constitutivos da responsabilidade civil, i.e.,

facilitando a prova em matéria de danos indemnizáveis, visto que o montante se encontra dissociado de um nexo de causalidade com o facto que os gerou, a verdade é que inexistindo este nexo causal entre o facto praticado e criação ou agravamento da insolvência, corremos o risco de exceder o próprio espírito e intuito da norma, o da punição daqueles administradores que, efetivamente, foram diretamente responsáveis pelo abismo económico-financeiro da empresa.

Quanto às presunções *iuris tantum* de culpa grave dos administradores, não nos parece que a norma careça de uma intervenção urgente, na medida em que, não obstante de estarmos perante verdadeiras presunções de culpa grave, em bom rigor, as mesmas admitem produção de prova em sentido contrário.

Neste caso, sempre que verificada alguma das situações previstas nas alíneas do n.º3 do art. 186º, o juízo de censurabilidade que é elaborado *a priori*, será sempre um juízo de “suspeita” sob a criação ou agravamento da situação de insolvência, o que em termos práticos levará a que os sujeitos tenham o ónus da prova da inexistência do nexo causal entre a conduta praticada e o resultado obtido.

Contudo, parte da doutrina, como abordado anteriormente, entende que, no momento em que o julgador tenta aferir do mérito da conduta, tem em mãos apenas uma “mera suspeita” sobre o resultado. Ou seja, apesar de não ser essa a prática unânime dos nossos tribunais, aos próprios e ao requerente, caberia também a necessidade de demonstrar que a omissão das condutas previstas nas alíneas a) e b) do n.º 3, possui estreita relação com a criação ou agravamento da insolvência, portanto, fazer prova do nexo de causalidade entre a não apresentação à insolvência ou o incumprimento da obrigação de elaboração, fiscalização ou depósito das contas anuais, com a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

Neste trabalho perfilhamos do entendimento de que se a presunção não abranger o próprio nexo de causalidade, passaremos a ter uma mera presunção relativa, desvirtuando o sentido da norma. Atendendo à dificuldade da prova do nexo

causal, estes comportamentos ficariam impunes, cabendo apenas o ónus da prova de que aquelas omissões não originaram ou agravaram a insolvência, mas sim que esta se deveu a outros fatores exógenos aos próprios sujeitos afetados.⁷⁰

Porém, a nossa preocupação radica na presunção *iuris et de iure* contida no n.º2 do art.º 186.º do CIRE, segundo a qual, perante a demonstração objetiva de alguma das situações previstas nas suas alíneas, a insolvência será sempre qualificada como culposa.

Ora, analisando escrupulosamente cada uma das situações elencadas nas alíneas do n.º2, facilmente se verifica que não estão em causa, em todas elas, situações que direta e presumivelmente originem ou agravem a situação de insolvência da empresa, e que, portanto, implicam necessariamente a violação implícita dos deveres específicos dos administradores.

Mais uma vez, chegando a esta conclusão, perfilhamos do entendimento de que as regras previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186º do CIRE, a que a doutrina e a própria jurisprudência têm designado de “presunções”, possam não ser verdadeiras presunções legais mas sim previsões normativas especiais (autónomas) de qualificação da insolvência, já que vários dos casos vertidos nas regras dos n.ºs 2 e 3 do art. 186º, não possuem correspondência direta (ou mesmo qualquer correspondência) com o resultado ou agravamento da insolvência, (originando casos de insolvência culposa com culpa não grave e até mesmo sem culpa), pelo que cremos não se poderem denominar tais regras de verdadeiras presunções legais, pois não refletem o resultado da aplicabilidade das máximas da experiência, já que o fato verificado (os casos previstos nos n.ºs 2 e 3), não se relaciona (condição *sine qua non*), com o resultado ou agravamento da insolvência.

Não obstante, mesmo quanto a este rigor metodológico, entendemos que se as regras previstas no n.º2, correspondem na íntegra a verdadeiras previsões

⁷⁰ Neste sentido, Serra, Catarina, “O novo regime português da insolvência”, 2012.

normativas especiais de qualificação de insolvência, já assim não afirmamos com a maior das certezas quanto as regras do n.º 3, essas sim, que transmitindo o ónus da prova aos sujeitos afetados, e ficcionando apenas o resultado (situação ou agravamento da insolvência), podem ser qualificadas como presunções de a insolvência ter sido criada ou agravada por atuação dolosa ou culposa dos administradores do devedor.⁷¹

Porém, conceitualizando tais regras em consonância com a doutrina e jurisprudência atuais, defendemos uma interpretação diferenciada destas presunções do n.º 2, tendo em conta que a relação entre a violação dos deveres dos administradores especificados e a verificação da situação de insolvência não é a mesma em todos os casos⁷²

Veja-se a título de exemplo que as alíneas h) e i), ao contrario das restantes, não dizem respeito a condutas que impliquem a diminuição patrimonial da sociedade, portanto, no nosso entender necessitam de um tratamento e interpretação diferenciado, já que se tratam de condutas por omissão, à semelhança das previstas no n.º3 do mesmo artigo.

A estas alíneas, o que se propunha, seria não uma exigência de produção de prova do nexos de causalidade entre a omissão e o agravamento ou criação da insolvência, sob pena de queda sobre um vazio legal, sem efeito útil, mas sim passar para os sujeitos que incumpriram tais obrigações, o ónus da prova de demonstrar que, não obstante do incumprimento, a situação da insolvência resultou de fatores exógenos.

Quanto às restantes, compreende-se a interpretação do legislador, ao interligar condutas diretamente relacionadas com a diminuição patrimonial, portanto, de diminuição do ativo, com o resultado de criação ou agravamento da insolvência

⁷¹ No mesmo sentido – Duarte, Rui Pinto, ob.cit. pág. 160.

⁷² Frada, Manuel A. Carneiro, cit., p. 692 e Lumbrals, Nuno B. M., Breves Reflexões sobre..., cit.. Este último refere refere que “a causalidade entre a insolvência e os danos sofridos pelo(s) lesado(s), bem como a efectiva existência e montante desses prejuízos, terão naturalmente sempre que ser provados, mesmo num plano puramente cível.”

(não fosse este um estado de incumprimento generalizado de obrigações das empresas, consubstanciado numa situação em que o passivo é manifestamente superior ao seu ativo).

Contudo, uma aplicação direta e exacerbada da presunção de culpa dos administradores naquelas situações, pode dar azo a condenações injustas e excessivas.

Através de uma leitura aos deveres societários dos administradores, abordados neste estudo, verificámos que não lhes é imposta uma obrigação de resultados, mas sim uma obrigação de meios.

A título de exemplo, o Administrador de uma empresa pode estar devidamente informado, munido pela *leges artis* da gestão de empresas, e, ao adotar uma estratégia arriscada, o resultado não ser o por si pretendido, levando a uma rutura económica da empresa.

Nestes casos, munidos pela discricionariedade das suas atuações, cumprindo com os deveres societários a que estão obrigados, faria sentido conceder a possibilidade de defesa a esses sujeitos, passando para a sua esfera, o ónus da prova do não preenchimento de todos os pressupostos da responsabilidade civil, i.e., no caso aqui relatado, da inexistência de dolo ou mera culpa, e do facto ilícito, porquanto, da inexistência de causalidade adequada com a situação da insolvência.

A matéria alvo do presente estudo carece de profunda intervenção. A responsabilidade insolvencial encontra-se desligada da responsabilidade societária, e, portanto, dos deveres e prerrogativas concedidas aos administradores das empresas. Se por um lado lhes é exigível a tomada de uma postura ativa e dinâmica, procurando o aproveitar de oportunidades de negócio, de potencialização do crescimento empresarial através de estratégias comerciais audazes, por outro, não lhes poderá ser aplicada “cega” sanção, sempre que o resultado se mostra negativo. Há que reformular o instituto da responsabilização dos gerentes e administradores pela insolvência das empresas.

7. BIBLIOGRAFIA

ABREU, Coutinho de/FERNANDES, Elisabete, “Anotação ao art. 78.o”, in Código das Sociedades em Comentário, Volume I, Almedina, Coimbra, 2013.

BRANCO, José Manuel, “Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (da falência punitiva à insolvência reconstitutiva)”, Almedina, Coimbra, 2015.

CARVALHO, Fernandes, “A qualificação da Insolvência e a Administração da Massa do Insolvente pelo Devedor”, in Themis, Lisboa Almedina, ano VI, edição especial, 2005.

CORDEIRO, António Menezes, “Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais”, Lex-Edições Jurídicas, Lisboa, 1996.

CORDEIRO, António Menezes, “Introdução ao Direito da Insolvência”, in O Direito, Inocêncio Galvão Telles – Revista, Lisboa Almedina, ano 137, 2005.

CORDEIRO, António Menezes, “A lealdade no direito das sociedades”, in ROA, volume III, ano 66, 2006.

CORDEIRO, António Menezes, “Código das Sociedades Comerciais anotado”, 2a edição, Almedina, Coimbra, 2011.

CORREIA, Luís Brito, “Os Administradores das Sociedades Anónimas”, Edições Almedina, 1993.

DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade dos Administradores: Coordenação dos regimes do CSC e do CIRE, III Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, 2015.

EPIFÂNIO, Rosário, “Manual de Direito da Insolvência”, 6a edição, Almedina, Coimbra, 2015.

FRADA, Carneiro da, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência” in ROA, volume II, ano 66, 2006.

FRADA, Carneiro da, “A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in ROA, volume I, ano 67, 2007.

LABAREDA, João/CARVALHO, Fernandes, “Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado”, Quid Iuris, 3a edição, 2015.

LEITÃO, Menezes, “Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 4a edição, 2012.

OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência”, in Julgar, n.o 11, Coimbra Editora, 2010.

SERRA, Catarina, “O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução”, 4a edição, Almedina, Coimbra, 2010.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio – “Manual de Processo Civil: de acordo com o Dec.lei 242/85”, 2ª edição (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ÍNDICE

I. RESUMO	6
1. A insolvência – breve resenha	8
2. Incidente de qualificação da insolvência	11
2.1. A qualificação como culposa	13
3. A responsabilidade dos membros da administração de empresas no CSC.....	15
3.1. Deveres dos administradores e a cláusula geral do art.º 64º do CSC.....	20
3.1.1. Deveres legais gerais e específicos	21
3.1.2. Dever de Lealdade.....	22
3.1.3. Dever de Cuidado.....	24
3.1.4. A relação fiduciária.....	24
3.1.5. A discricionariedade das decisões dos administradores - <i>Business Judgment Rule</i>	26
4. A insolvência culposa.....	31
4.1. Regra geral – n.º1 art. 186º do CIRE.....	34
4.2. As presunções da qualificação da insolvência – art. 186º do CIRE.....	36
4.2.1. Presunções <i>iuris et de iuri</i> – n.º2 art. 186º do CIRE.....	36
4.2.2. <i>Presunções iuris tantum</i> – n.º 3 art. 186º do CIRE.....	40
5. A necessidade do nexo Causal.....	42
5.1. Articulação entre as presunções do CIRE e o regime societário na efetivação da responsabilidade dos administradores pela Insolvência.	50
6. Reflexões críticas	55
7. Bibliografia	62
II. ÍNDICE.....	64